بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين ،
وبعد :
فهذا بحث عن :

الغرر المانع من صحة المعاملة ومقداره.

أكتبة استجابة لطلب من سعادة الأمين العام لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية لتقديمه في المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية .
والله اسأل ان يوفقني إلي الصواب ، وأن يجنبني مواطن الزلل ، إنه سميع مجيب ؛

1- تعريف الغرر :
1/1 الغرر في اللغة :
جاء في كتب اللغة : الغرر بفتحتين الخطر ، والتغرير حمل النفس على الغرر ، يقال غرر بنفسه وماله تغريراً وتغره عرضهما للهلكة من غير أن يعرف ، والاسم الغرر (1)
فالغرر اسم من التغرير (2)، وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف .
2/1 الغرر عند الفقهاء
ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة للغرر اخترت منها التعريف الآتي :
الغرر ما كان مستور العاقبة
وفضلته على غيره من التعريفات ؛ لانه أجمعها للفروع الفقهية التي ادخلها الفقهاء تحت الغرر مع قلة كلماته
وهو تعريف السرخسى (3)، والدسوقي (4)، والشيرازي (5)، وابن تيمية(6) مع اختلاف في بعض الألفاظ .

1- لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، كشاف اصطلاحات الفنون
2- أما الغرور فهو من غر غيره بمعني خدعه واطمعه بالباطل : لسان العرب ولا يقال : غرر بغيره .
3- المبسوط 13/ 194 4- الدسوقي على الشرح الكبير 49/3
5- المهذب 262/1 6- الفتاوى 275/3 والقواعد النورانية الفقهية 116.

2- النصوص الواردة في الغرر في القرآن

1/2 لم يرد في القرآن نص خاص في حكم الغرر ، ولا في حكم جزئية من جزيئاته ، ولكن ورد فيه نص عام فيه حكم تدخل فيه جميع الأحكام الجزئية التي ذكرها الفقهاء في الغرر المنهي عنه، هذا الحكم هو تحريم أكل المال بالباطل فقد ورد النهي عن أكل المال بالباطل، في الآية 188 من سورة البقرة :" ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " وفي الآية 29 من سورة النساء :" يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض معكم "، وفي غيرهما .

وقد ذهب المفسرون مذاهب عدة في تفسير كلمة الباطل ، ولكنهم متفقون على ان الغرر المانع من صحة المعاملة من الباطل المنهي عنه .

2/2 النصوص الواردة في الغرر في السنة

روي الثقات عن جمع من الصحابة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الغرر .

ومن هولاء الصحابة ابو هريرة ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعلى (1)

هذه الأحاديث تنهي عن بيع الغرر بصفة عامة ، ووردت أحاديث أخري كثيرة تنهي عن بعض جزئيات الغرر منها : بيعتان في بيع ، وبيع الحصاة، وبيع الملامسة ، وبيع المنابذة ، وبيع المضامين ، وبيع الملاحيق ، وبيع حبل الحبلة، وبيع السمك في الماء (2)

وتوجد بيوع غرر لم ترد فيها أحاديث ذكرها الفقهاء، قال عنها ابن رشد إنها كثيرة ومختلف فيها، وذكر عدداً منها (3)

3- المعاملات التي يؤثر فيها الغرر

يلحظ ان الأحاديث التي وردت عن الغرر كلها تتحدث عن الغرر في البيع ، بما قد يفهم منه ان الغرر لا يؤثر إلا في عقد البيع ، ولكن الفقهاء اتفقوا على ان الغرر يؤثر في جميع عقود المعاوضات قياساً على تأثيره في عقد البيع واختلفوا في تأثيره على عقود التبرعات ، ويمتاز المذهب المالكي عن سائر المذاهب بأن فيه قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات وهي:" أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها " وقد قرر هذه القاعدة القرافي بوضوح حيث يقول :

"... وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وقاعدة

1- انظر هذه الأحاديث وتخريجها في كتاب الغرر وأثره في العقود 78 وما بعدها

2- انظر كتاب الغرر وأثرة في العقود 100و132و138ر149ر205ر206ر299ر325.

3-انظر بداية المجتهد 148/2و155ر159 وكتاب الغرر 94ر95

ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة .... وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام ، طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما: معاوضة صرفة ، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ... وثانيهما : ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة ... فإن هذه التصرفات إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه ؛ لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه ، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفي المنع من ذلك وسيلة إلي تقليله ، فإذا وهب له بعيره الشارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ،ولا ضرر عليه إن لم يجده ؛ لأنه لم يبذل شيئاً ، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف ؛ لأن العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شئ فهو كالهبة ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ، بل إنما وردت في البيع ونحوه .
وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح ..."(1).

ابن تيمية يوافق المالكية :
وافق ابن تيمية المالكية في رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر في العقود ، فقرر أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات ، ولا يؤثر في عقود التبرعات(2).

المذاهب الأخرى :
لم أر قاعدة عامة في غير مذهب مالك بالنسبة لتأثير الغرر أو عدم تأثيره في عقود التبرعات ، غير أن الفقيه المالكي القرافي يذكر عن الشافعي : أنه يمنع الغرر في جميع التصرفات ، وذلك في أثناء تقريره لمذهب مالك فيقول :" وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه صلي الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وعن بيع المجهول ، واختلف العلماء بعد ذلك ، فمنهم من عممه في التصرفات ، وهو الشافعي ، فمنع من الجهالة في الهبة ، والصدقة ، والإبراء ، والخلع ، والصلح وغير ذلك "(3)
ويوافق ابن تيمية القرافي فيقول عن الشافعي:" ... وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات ..."(4)

1- الفروق للقرافي 1:150-151، الفرق الرابع والعشرون، مع قليل من التصرف
2- فتاوى ابن تيمية 3: 342-343
3- الفروق للقرافي 1: 150 4-القواعد النورانية الفقهية ص 122و216

والراجح عندي رأي المالكية في ان الغرر يؤثر في عقود المعاوضات المالية، ولا يؤثر في عقود التبراعات، وذلك لان الاصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية، وقد ورد الحديث الصحيح بمنع بيع الغرر ، فوجب الأخذ به، ومنع كل بيع فيه غرر، ومقتضي هذا أن يؤثر الغرر في عقد البيع وحده، ولكنا نظرنا فوجدنا أن الغرر إنما منع في البيع ؛ لأنه مظنة العداوة والبغضاء ، وأكل المال بالباطل ، كما بين ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم في حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه (1)، ولما كان هذا المعني متحققا في كل عقود المعاوضات المالية ألحقناها بالبيع ، وقلنا : إن الغرر يؤثر فيها كما يؤثر في البيع .

أما سائر العقود فلا يتحقق فيها المعني الذي من أجله منع الغرر في البيع، ولهذا وجب ألا يكون للغرر أثر فيها ؛ لعدم وجود دليل يمنع الغرر فيها من نص أو قياس صحيح .

فعقود التبرعات كالهبة مثلاً ، لا يترتب على الغرر فيها خصومة ولا أكل المال بالباطل ، فإذا وهب شخص لآخر ما تثمره نخلته هذا العام ، فأثمرت النخلة انتفع المهدي له بما أثمرته ، قليلاً كان أو كثيراً ، وإن لم تثمر لا يخسر شيئاً ؛ لأنه لم يدفع عوضاً ، فليس ثمة ما يدعو إلى الخصام، ولا ما يترتب عليه أكل للمال بالباطل ، وهذا بخلاف ما إذا باع شخص لآخر ما تثمره نخلته فإن هذا العقد يترتب عليه غالبا أكل أحد المتعاقدين مال الأخر بالباطل ، ويؤدي إلى النزاع والخصومات ؛ ذلك لأن البيع مدخول فيه على التقارب بين العوضين ، فإذا ظهر أن هناك تفاوتا كبيرا بينهما حصل الندم والحسرة والخصومة وأكل المال بالباطل ، فلهذا كان من الحكمة والعدل منع كل عقد يكون مظنة لحدوث هذه الأشياء لتستقر المعاملات ، ويقضي على أسباب النزاع ما أمكن .

ومثل عقود التبرعات في عدم تأثير الغرر عليها ، عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع ، فإن المال في هذه العقود ليس هو المقصود منها، فإذا كان في المهر أو بدل الخلع غرر ينبغي ألا يؤثر فيه ، فإذا تزوجها أو خالعها على ما تثمره نخلته فالتسمية صحيحة ، لأن الغرر الذي فيها لا يفضي إلى المفسدة التي تحدث من الغرر في الثمن أو الأجرة، فإن المتعاقدين في الزواج وما أشبهه لا يطلبان بالعقد الكسب المالي ، كما هو الشأن في البيع مثلاً ، فإذا فات أحدهما من المال ما كان

1- راجع ص 375 - 376 من كتاب الغرر

يؤمل ، لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلي مقصوده الأصلي من العقد .لأنـه يكون داخلاً من أول الأمر على المكارمة والمسامحة في الجانب المالي .

4- مقدار الغرر المانع من صحة المعاملة:

1/4 اجمع الفقهاء على أن الغرر الـذي يـؤثر فـي العقد فيفسده هو الغرر الكثيـر، أمـا الغـرر اليسير فـلا تـأثير لـه مطلقـا ، والاخـتلاف الحاصـل بـين الفقهـاء فـي كثيـر مـن المـسائل لا يرجـع إلـي اخـتلاف فـي اصـل القاعـدة ، وإنما يرجع إلي اختلافهم في تطبيقاتها ، وهذا الاختلاف يكون في الحـالات الوسط التـي يتـردد فيهـا الغـرر بـين الكثيـر واليـسير ، فيلحقـه فقيـه بـالكثير ويفـسد بـه العقـد ، ويلحقـه فقيـه آخـر باليـسير فيـصحح معـه العقـد، ومـن الأمثلة المتفق عليها للغرر اليسير الذي لا يؤثر في صحة العقد :

1- بيع الجبة المحشوة، وان لم ير حشوها .

2- بيع الدار، وان لم ير أساسها

3- الإجـارة علـى دخـول الحمـام ، والـشرب بعـوض مـن مـاء الـسقاء، مـع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء، ومكثهم في الحمام .

4- إجـارة الـدار شـهراً، مـع أن الـشهر قـد يكـون ثلاثـين يومـا، وقـد يكـون تسعة وعشرين (1).

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر الكثير المؤثر في صحة العقد :

1- بيع الحصاة

2- بيع مجهول الجنس أوالنوع

3- بيع الحمل دون أمه

4- بيع الثمر قبل ظهوره

يتبـين مـن هـذه الأمثلـة أن المـدى واسـع جدّاً بـين الغـرر اليـسير ، والغـرر الكثيـر المتفـق عليهمـا ، وفـي هـذا المـدى الواسـع يقـع الغـرر المتوسـط المختلف في تأثيره على الغرر ، وأمثلته كثيرة منها :

1- بيع ما يكمن في الأرض

2- بيع اللبن في الضرع

3- البيع بسعر السوق

4- بيع العين الغائبة.

1- الفروق 265/3 والمجموع 258/9و301

2/4- هل يمكن وضع ضابط للغرر الكثير والغرر يسير؟

الكثرة والقلة في الغرر من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأنظار ؛ ولهذا فليس من السهل وضع حد فاصل بين الغرر الكثير الذي يؤثر في العقد ، والغرر اليسير الذي لا يؤثر ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في مسائل الغرر .

وقد رام بعض الفقهاء وضع ضابط للغرر الكثير، والغرر اليسير ، منهم الباجي فهو يري : أن الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد ، والغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به (1).

واضح أن هذا الضابط لا يضع حداً فاصلاً بين الكثير والقليل ؛ لأن بين الغرر الذي لا يكاد يخلو منه عقد، والغرر الذي يتمكن من العقد حتى يوصف العقد به مسافة واسعة يتسع فيها المجال للاختلاف .

ومنهم محمد على ، صاحب تهذيب الفروق ، فقد قسم الغرر ثلاثة أقسام :

أحدها : ما لا يحصل معه المعقود عليه أصلاً .

الثاني : ما يحصل معه المعقود عليه دنيا ونزراً .

الثالث : ما يحصل معه غالب المعقود عليه .

ثم قال يجتنب الأولان ويغتفر الثالث (2)

وهذا التقسيم يقابل تقسيم الغرر إلي كثير وقليل ، فالقسم الأول والثاني يقابلان الغرر الكثير ، والقسم الثالث يقابل الغرر اليسير ، غير أن هذا التقسيم غير واضح المعني ، وهو مع ذلك غير شامل لكل أنواع الغرر – فيما يظهر لي – لأنه يدور حول حصول المعقود عليه وعدم حصوله ، مما يشعر بأن قائله يتحدث عن الغرر في وجود المعقود عليه فقط .

رأيي:

أري أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير، والغرر اليسير في وقت واحد أمر غير ميسور ؛ لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين ، وتركنا الوسط من غير تحديد مما يؤدي حتماً إلي الاختلاف ؛ ولهذا فإني أري سلوك احد المسلكين الآتيين:-

الأول : أن نترك هذه المعايير المرنة – الغرر الكثير، واليسير، والوسط – كما هي، تفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور والأنظار ،

1- المنتقي 1 :41 ، ويوافق ابن رشد الجد الباجى في ضابط الغرر اليسير ، فقد جاء في المقدمات 1: 222 أن الغرر اليسير هو " الذي لا تنفك البيوع منه "، وفسره الشيخ الدسوقي بما من شأن الناس التسامح فيه . الدسوقي على الشرح الكبير 3: 52.

2- تهذيب الفروق 1: 170

ولهذا المسلك مزيته ، وهي أنه يجعل نظرية الغرر نظرية مرنة تساير الحضارات المتطورة في كل عصر ، مما يجعلها صالحة للبقاء والتطبيق في جميع الأزمنة والأمكنة ، وقد أيد الدكتور السنهوري وضع الفقهاء لهذه المعايير المرنة للغرر، وعدها حسنة من حسنات الفقه الإسلامي، فكتب في مصادر الحق :

"... على أن الواجب يقتضينا أن نسجل للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف، واختلاف الملابسات ، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارة المتطورة في كل عصر ، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة – دون القواعد الجامدة – إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها ما يستحدثه التطور ، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه، فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة "(1).

الثاني: أن نضع ضابطاً للغرر الكثير وحده ، ونقول : إنه هو الغرر المؤثر، وكل ما عداه فلا تأثير له ، وخير ضابط هو ما قاله الباجي : الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به ، ومزية هذا الضابط أنه يقلل إلي حد كبير من الاختلاف في الغرر المؤثر ، مع الاحتفاظ بمزية المرونة ، فإن وصف العقد بأنه عقد غرر يتأثر حتماً باختلاف البيئات والعصور ، فالمجتمع هو الذي يخلع على العقد هذه الصفة ، وقد عرف المجتمع الجاهلي عقوداً بهذه الصفة ، كبيع الحصاة ، وبيع الملامسة ، والمنابذة ، ولذا جاء الحديث ينهي عن هذه البيوع بصفة خاصة وعن "بيع الغرر " بصفة عامة، والتعبير ب " بيع الغرر" يشعر بأن البيع المنهي عنه هو ما تمكن فيه الغرر حتى أصبح يوصف به، ولعل هذا التعبير هو الذي أوحي للباجي بتفسيره للغرر الكثير المؤثر في العقد .

ونستطيع أن نجد تطبيقاً لهذا الضابط في عهد الرسول صلي الله عليه وسلم، وذلك في بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، فإن الناس كانوا يبيعون الثمر في عهد الرسول صلي الله عليه وسلم، واستمروا على ذلك إلي أن كثرت خصوماتهم بسبب هذا البيع ؛ لكثرة ما يصيب الثمر من العاهة ، وتبين أن هذا بيع غرر فنهاهم صلي الله عليه وسلم عنه . ومن ذلك أيضاً أن أصحاب المزارع في عهد الرسول صلي الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بالماذيانات (2) ، وما يسقي الربيع (3)، وعلى أن لصاحب

1- مصادر الحق 3: 56.   2- الماذيانات – بذال معجمه مكسورة : ما ينبت على حافة النهر ومسائل الماء .
3- الربيع : النهر الصغير

الأرض هذه الناحية و للمزارع هذه ، فيهلك هذا، ويسلم هذا ، ويسلم هذا، ويهلك هذا ، فاختصموا في ذلك إلى الرسول صلي الله عليه وسلم فنهاهم عن كراء الأرض بهذه الصفة ، لأنه أصبح عقد غرر .

5- الغرر في التابع لا يؤثر في صحة العقد .
الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة ، أما الغرر في التابع ، أي فيما يكون تابعا للمقصود بالعقد ، فإنه لا يؤثر في العقد ، ومن القواعد الفقهية المعروفة :" يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها "
والأمثلة على هذا كثيرة نذكر منها :
1- بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل:
لا يجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة ، لما في ذلك من الغرر، ولكن لو بيعت مع أصلها جاز ؛ لقوله صلي الله عليه وسلم:" من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع ".
ومعني هذا أنه يجوز أن يشترط مشتري النخلة التي أبرت أن تكون الثمرة له مع الأصل ، فإذا قبل البائع ذلك انعقد البيع على الشجرة والثمرة ، مع أن الثمرة لم يبد صلاحها ؛ يقول ابن قدامة في تعليل ذلك : إنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها (1).
2- بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة لمالك الأصل :
وصورة ذلك أن يشتري النخلة التي أبرت من غير أن يشترط ثمرتها ، فإن أصل النخلة في هذه الحالة تكون ملكاً للمشتري ، وتكون ثمرتها ملكا للبائع ،فيبيعها للمشتري مفردة بعد ذلك ، أو أن يوصي شخص لآخر بثمرة نخله فيبيع الموصي له الثمرة لورثة الموصي المالكين للأصل .
وهذه الصورة وسط بين بيع الثمرة مفردة لغير مالك الأصل ، وبيعها تبعا مع الأصل ؛ لأنها إذا بيعت لمالك الأصل تكون قريبة مما لو اشتراهما معاً؛ ولهذا فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع فأجازه بعضهم ، ومنعه آخرون ، وأساس الخلاف ، هو : هل يعتبر الثمر هنا مبيعا تبعا أم لا ؟
ويقرر ابن قدامه هذا الخلاف على النحو التالي :
" الثالث أن يبيعها مفردة لمالك الأصل .... ففيه وجهان :
أحدهما : يصح البيع وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛لأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري علي الكمال، لكونه مالكاً لأصولها وقرارها ، فصح كبيعها مع أصلها.

1- المغني 4: 82 ، ويقول ابن قدامة إن هذا البيع جائز بالإجماع

والثاني : لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة ، والغرر فيما يتناول العقد أصلاً يمنع الصحة، كما لو كانت الأصول لأجنبي ، ولأنها تدخل في عموم النهي ، بخلاف ما إذا باعهما معاً فإنه مستثني بالخبر المروي فيه .... ولأن الثمرة تدخل تبعاً، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع "(1).

3- بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد :

أجاز بعض الفقهاء بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه في الوجود كالقثاء والخيار عملاً بهذا الأصل . فممن أجاز هذا البيع المالكية والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري من فقهاء الحنفية ، وكان يقول : اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا (2) . ولم يرتض المانعون هذه التبعية ، لأن المعدوم – ما لم يوجد من الزرع – لا يصلح أن يكون تابعاً(3)

4- بيع الحمل مع الشاة

بيع الحمل دون امه لا يجوز ، لما في ذلك من الغرر ، أما بيع الحمل مع أمه فإن كان البيع على الإطلاق بأن قال : بعتك هذه الشاة ، فالبيع صحيح، ويدخل الحمل في البيع، ولا يضر ما فيه من الغرر ، لأنه تابع للمبيع ، أما لو قال : بعتك هذه الشاة وحملها ، أو مع حملها ، ففي صحة البيع خلاف ، قال بعضهم : لا يصح البيع ؛ لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم فكان مقصودا بالبيع . وقال آخرون : يصح البيع كما في حالة الإطلاق ، ويكون ذكر الحمل توكيداً وبياناً (4)

والقول بالجواز أولي في نظري ، لأن ذكر الحمل لا يخرجه عن كونه تابعاً، و ما دمنا قد اغتفرنا الغرر في التابع فلا وجه للقول بعدم الجواز ، ثم إن المتبايعين إذا كانا يعلمان أن الشاة حامل فلا فرق بين قول البائع : بعتك هذه الشاة ، وقوله :بعتك هذه الشاة وحملها ؛ لأنهما في الحالتين يدخلان الحمل في تقدير الثمن ، فإذا جاز البيع في الحالة الأولي ينبغي أن يجوز في الحالة الثانية ، لأن العبرة بالمعاني لا بالالفاظ .

5- بيع اللبن في الضرع مع الشاة

ومثل بيع الحمل مع الشاة في الحكم بيع اللبن في الضرع مع الشاة ، بل الجواز هنا آكد ؛ لورود نص به يؤيد القاعدة ، يقول النووي :" أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً، لأنه تابع للحيوان ودليله من السنة حديث المصراة "(5)

1- المغني 4: 82
2- المبسوط 12: 197
3- المغني 4: 90 -91
4- المجموع 9: 323 -324
5- المجموع 9: 326

6- الحاجة إلي العقد الذي فيه غرر تجعل الغرر غير مفسد له

يشترط لتاثير الغرر في العقد الا يكون الناس في حاجة إلي ذلك العقد ، فإن كانت هناك حاجة إلي ذلك العقد لم يؤثر الغرر فيه ، مهما كانت صفة الغرر، وصفة العقد ، لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها ، ومن مبادئ الشريعة العامة المجمع عليها رفع الحرج " وما جعل عليكم في الدين من حرج "(1)، ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج ؛ ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها ولو كان فيها غرر .

ما المراد بالحاجة :

الحاجة – كما يقول السيوطي : هي أن يصل المرء إلي حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك (2) فالحاجة إلي عقد من العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحرج ؛ لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً ، فعقد السلم مثلا مما تدعو إليه الحاجة ؛ لأن المزارع قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلي أن يدرك ، ولا يجد من يقرضه ، فهو في حاجة إلي نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال ، وإلا ضاعت عليه مصلحة استثمار أرضه ، وكان في حرج ومشقة ، فمن أجل هذا أبيح السلم .

الحاجة دون الضرورة :

ويلاحظ أن السيوطي ذكر في تعريف الحاجة عبارة :" ولكنه لا يهلك " والغرض من هذه الجملة التفرقة بين الحاجة والضرورة ، فحالة الضرورة كما يعرفها السيوطي أيضاً هي :أن يبلغ المرء حداً أن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب (3) وليس المراد بمقاربة الهلاك الإشراف على الموت ، وإنما يكفي لوصول المرء حالة الضرورة أن يخاف على نفسه الهلاك ولو ظنا (4)

استعمال الفقهاء كلمة الضرورة مكان الحاجة :

لاحظت أن كثيراً من الفقهاء في حديثهم عن الغرر لا يفرقون بين الحاجة

1- سورة الحج : الآية 78

2- الأشباه والنظائر للسيوطي ص 77 ، القاعدة الرابعة ، والمواهب السنية بهامشه ص 154 .

3- يقول الزرقاني : " حد الاضطرار أن يخاف على نفسه الهلاك علماً أو ظناً ، ولا يشترط أن يصير إلي حال يشرف معها على الموت ". الزرقاني على الموطأ 3: 95 .

والضرورة ، فيستعملون كلمة الضرورة في موضع الحاجة ، والواقع أن الضرورة بالمعني الذي ذكرته سابقاً يندر تحققها في موضوعنا هذا ، ولذا لم أذكرها في الشروط ، وأستطيع أن أقرر أن جميع الحالات التي استعمل فيها الفقهاء كلمة الضرورة في حديثهم عن الغرر إنما يقصدون منها الحاجة ، بل إن من الفقهاء من فسر الضرورة بمجرد الحرج والمشقة ، وهو معني الحاجة . يقول الدسوقي عند قول الدردير في شرحه لمتن خليل:" وجاز بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج ....للضرورة " "قوله للضرورة " أي لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ...(1). ومنهم من فسر الحاجة بالضرورة ، يقول الشيخ الدردير في شرحه لمتن خليل :" واغتفر غرر يسير للحاجة " أي للضرورة (2). ونري بعضهم يعلل جواز الغرر في عقد من العقود بالحاجة ، بينما يعلله آخرون بالضرورة ، مما يدل على أنهم يستعملون الكلمتين في معني واحد ، هو معني الحاجة الذي بينته .

وأود أن أسجل هنا أن أكثر الفقهاء التزاماً لاستعمال كلمة الحاجة هو الشيرازي من فقهاء الشافعية ، فإنه كلما ذكر مسألة ممنوعة ، وعلل المنع بالغرر أردفه بقوله "من غير حاجة " كما أن فقهاء المالكية أكثر الفقهاء استعمالا لكلمة الضرورة .

ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفقهاء في هذا الموضوع

يقول ابن رشد عند الكلام على بيع ما يثمر بطونا مختلفة : " والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين "(3).

ويقول النووي :" الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر ، وذكر أو أنثي ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن ، ونحو ذلك ، فهذا يصح بيعه بالإجماع "(4).

1- الدسوقي على الشرح الكبير 3: 24

2- المصدر السابق 3: 52

3- بداية المجتهد 2: 157 ، وانظر ايضا : المقدمات 2: 305 ، وتهذيب الفروق 1: 17. ويلاحظ أن هؤلاء الفقهاء الثلاثة استعملوا كلمة "الضرورة " مكان " الحاجة ".

4- المجموع 9: 258 ، ولاحظ استعمال النووي " الحاجة" واستعمال ابن رشد " الضرورة " مع أن مقصودهما واحد .

ويقول ابن تيمية :" ومفسدة الغرر أقل من الربا ، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه ، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غررا، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس ، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن ، وإن كان قد نهي عن بيع الحمل منفرداً ، وكذلك اللبن عند الأكثرين ..."(1).

ويقول الكاساني في الكلام عن خيار الشرط :" هذا الخيار الأصل فيه المنع ؛ لما فيه من الغرر ، ولأنه مخالف لمقتضي العقد ، وإنما جاز بالنص للحاجة إلي دفع الغبن بالتأمل والنظر "(2).

وفي تنوير الأبصار وشرحه في بيان حكم المزارعة " ولا تصح عند الإمام ؛ لأنها كقفيز الطحان ، وعندهما تصح وبه يفتي للحاجة ..."(3).

ويقول الباجي :" وإنما جوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة الداعية إلي ذلك "(4).

ويقول السيوطي في جواز الإجارة :" القياس يقتضي منع الإجارة ، لأنها عقد يرد على منافع معدومة ، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة "(5) ويقول مثل ذلك في الحوالة ؛ لأنها من بيع الدين بالدين (6).

ويقول ابن قدامة في الاستدلال على جواز الجعالة :" ولأن الحاجة تدعو إلي ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلي ردهما ، وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلي إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل ..."(7)

ويقول العاملي في إجارة الفحل للضراب :" والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة "(8)

ويقول المرتضي:"الجعاله جائزة لمس الحاجة إلى رد الضال و نحوه كالإجارة "(9).

1- القواعد النورانية الفقهية ص 118، وانظر ايضا ص 132 و133 و135 و137 منه ، ويلاحظ أن الأمثلة التي ذكرها النووي وابن تيمية قد أوردت بعضها في أمثلة الغرر اليسير وبعضها في أمثلة الغرر في التابع ، وهو أولي في نظري ، لأن ما جاز للحاجة ينبغي أن يمثل له بغير ما جاز لقلة الغرر أو للتبعية لئلا يلزم التداخل ، وإن كانت الحاجة متحققة في حالة الغرر اليسير والغرر في التابع .

2- البدائع 5: 174 ، وانظر ايضا المبسوط 13 : 40 .

3- ابن عابدين 5: 239 .

4- المنتقي 5: 110 و112 ، ومثله في القرطبي 9: 232 ، والمقدمات 2: 305 ، وكلهم استعمل كلمة "الضرورة ".

5- الأشباه والنظائر ص 79.

6- المصدر السابق .

7- المغني 5: 656 -657.

8- مفتاح الكرامة 4: 144.

9- البحر الزخار 4: 62.

الحاجة المعتبرة هي الحاجة العامة أو الخاصة :
الحاجة قد تكون عامة ، وهي ما يكون فيها الاحتياج شاملا لجميع الناس، وقد تكون خاصة ، وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة ، وقد تكون فردية، وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصا بفرد أو أفراد لا تجمعهم رابطة واحدة .
فالحاجة العامة أو الخاصة هي التي نتحدث عنها، وهي التي يقول عنها الفقهاء : إنها تنزل منزلة الضرورة . جاء في المجلة العدلية :" الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة "(1)

الحاجة المعتبرة هي الحاجة المتعينة :
يشترط في الحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر أن تكون متعينة ، ومعني تعينها أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلي الغرض ،سوي ذلك العقد الذي فيه الغرر ؛ لأنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه ، فإن الحاجة للعقد الذي فيه غرر لا تكون موجودة في الواقع ؛ ولهذا لم تجز إجارة الغنم لشرب لبنها ، كما لم يجز بيع لبنها في ضرعها ؛ لأن الحاجة غير متعينة ، إذ في الإمكان شراء اللبن بعد أن يحلب ، بينما جازت إجارة الظئر باتفاق الفقهاء ؛ لأن الإرضاع لا يكون إلا عن هذا الطريق ، فالحاجة إلى هذا العقد متعينة .
ومن هذا القبيل ما قاله الحنفية من عدم جواز شراء الثمر قبل بدو صلاحه واستئجار الشجر إلى أن يدرك الثمر ، فقد عللوا عدم جواز الاستئجار بأن الحاجة غير متعينة ؛ لأن في أمكان المشتري أن يشتري الثمار والشجر معا . جاء في فتح القدير :" ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه ، فإما بإذن البائع إذنا مجردا ، أو إذنا ضمن الإجارة ، بان استأجر الأشجار إلي وقت الإدراك ، أو بلا إذن ، ففي الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل ، أما في الإذن المجرد فظاهر ، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار ، وعدم الحاجة ، فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك ، وإنما يتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها"(2)
ولا يخفي ما في هذا الملخص من عسر – كما يقول الكمال – فإن مشتري الثمرة قد لا يكون في حاجة إلي الشجر ، وقد لا يكون عنده ما يشتري به،

1- القاعدة (32)، وانظر أيضا : الأشباه والنظائر ص 79 ، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد 1: 667،
2- فتح القدير 5: 103

وقد لا يوافقه صاحب الشجر على بيعه . وإنما ذكرت هذه المسألة ؛ لأن فيها تقريرًا واضحاً لأصل القاعدة ، وإن كان المثال غير مقبول في نظري.
والذي حمل الحنفية على هذا هو أنهم يرون البيع المطلق يقتضي القطع فهو جائز إذن ، على عكس ما يري الجمهور من أن البيع المطلق يقتضي الترك فهو غير جائز ، لعدم الحاجة ، لأن في إمكان المشتري أن ينتظر إلى أن يبدو صلاح الثمر فيشتريه .
ومن ذلك ما قاله مالك في جواز المساقاة، وعدم جواز المزارعة ، من أن المساقاة جازت ؛ لأن صاحب الشجر لا يستطيع أن يبيع منفعته المقصودة منه وهي الثمر قبل بدو صلاحه ، ولم تجز المزارعة ، لأن صاحب الأرض يستطيع أن يكريها بدراهم معلومة ، ومعني هذا أن الحاجة في المساقاة متعينة عند مالك ، لأن الانتفاع بالشجر قبل أن يبدو صلاح ثمره لا يكون إلا عن طريق المساقاة ، أما الحاجة إلى المزارعة فغير متعينة ، لأن الانتفاع بالأرض ممكن عن طريق الكراء ، وهو لا غرر فيه في نظر مالك(1).

الحاجة تقدر بقدرها :
من القواعد المعروفة أن الحاجة تقدر بقدرها ، أي ما جاز للحاجة يقتصر فيه على ما يزيل الحاجة فقط ، ومن تطبيقات هذه القاعدة في موضوعنا ما قاله الحنفية من أن خيار التعيين لا يكون في أكثر من ثلاثة أشياء ، لأن الحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة : لأن فيها الجيد والوسط والرديء، يقول الكاساني في هذا :"... والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة ، لا قتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء ، فيبقي الحكم في الزيادة مردود إلى أصل القياس (2) وأصل القياس المنع ؛ لما فيه من الغرر الناشئ عن الجهالة بذات المبيع .
ومن ذلك أن هذا الخيار يجوز اشتراطه من المشتري دون البائع ، لأن البائع لا حاجة له إلي الاختيار ؛ لأنه عارف بالمبيع : يقول الكمال في ذلك:" وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ، ظهر أنه لا يجوز للبائع ، بل يختص خيار التعيين بالمشتري ؛ لأن البائع لا حاجة له إلي اختيار الأوفق والأرفق ؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع، وهو أدري بما يلائمه منه"(3)

1- راجع ص 478و 481 من كتاب الغرر وأثره في العقود .
2- البدائع 5: 157
3- فتح القدير 5: 131

أقول : مقتضي هذا التعليل أن يجوز الخيار للبائع إذا كان في حاجة إلى اختيار الأوفق ، وهو متصور وإن كان نادرا ، وقد قال بذلك الكرخي من فقهاء الحنفية .
ومن ذلك ما قاله أبو حنيفة وزفر من أن خيار الشرط لا يصح تأقيتة بأكثر من ثلاثة أيام ؛ لأنه جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالنظر والتأمل ، والثلاث مدة صالحة لهذا ، وما وراء ذلك لا نهاية له (1).
ومن ذلك جواز الجعالة مع جهالة العمل، وعدم جوازها مع جهالة الجعل؛ لأن الحاجة تدعو إلى جهالة العمل ، ولا حاجة تدعو إلى جهالة الجعل ، يقول الباجي :" ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا ؛ لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك وإنما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية إلى ذلك " ويضيف ابن العربي " وما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى ما لا ضرورة فيه "(2).
ومن ذلك أيضا ما قاله المالكية على المشهور في المذهب : إنه يشترط في صحة الجعالة أن يكون في عمل العامل منفعة للجاعل كما في الجعالة على رد الضال ، أما إذا لم تعد على الجاعل فائدة فلا تصح الجعالة ، كأن يجعل شخص لآخر مبلغا على أن يصعد جبلا مثلا (3)؛ وذلك لأن الجعالة جازت للحاجة ، ولا حاجة إلى الجعالة فيما لا مصلحة فيه للجاعل .

الصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان:
لاحظت أن فقهاء الحنفية كثيرا ما يقولون في كلامهم عن عقود الغرر: إن هذا العقد جاز لتعامل الناس أو للعرف أو للاستحسان ، وقد يجمعون بين الاستحسان والتعامل ، أو بين أحد هذين والضرورة أو الحاجة ، وقد يجمعون الثلاثة في عبارة واحدة .
جاء في تنوير الأبصار وشرحه :" وجاز إجارة الحمام ؛ لأنه عليه السلام دخل حمام الجحفة ، وللعرف ... وجاز بناؤه للرجال والنساء ... للحاجة .. وجاز إجارة الظئر ... لتعامل الناس بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف(4).

1- البدائع 5: 174.
2- المنتقي على الموطأ 5 : 113 ، وأحكام القرآن 3: 1085 ، ويلاحظ استعمال "الضرورة " بمعني"الحاجة" .
3- الدسوقي 4: 59 ، والمقدمات 2: 307
4-ابن عابدين 5: 43-44، وفي الحاشية (قوله لتعامل الناس) علة للجواز، وهذا استحسان .

وفي مجمع الضمانات :" المزارعة باطلة عند ابي حنيفة ... وقالا جائزة والفتوى على قولهما ؛ لتعامل الناس، وللاحتياج إليها"(1).
وفي حاشية ابن عابدين عن الحاوي :" سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار فقال : أرجو أنه لا باس به ، وإن كان في الأصل فاسدًا ؛ لكثرة التعامل ، وكثير من هذا غير جائز فجوزوه ؛ لحاجة الناس إليه كدخول الحمام "(2).
وجاء في الأصل :" وإذا أشتري الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم ، وقبضهما على ان له الخيار أن يأخذ أحدهما .... ثم اختار أحدهما الزمتة ثمنه وكان في الآخر أمينا .... وأصل هذا البيع في القياس فاسد؛ لأنه اشتري ما لم يعرف وما لم يعلم ... ولكني أستحسن ذلك في الثوبين والثلاث إذا كان المشتري قد قبض واختار "(3).
ويقول الزيلعي في الكلام عن بيع ما يوجد بعضه بعد بعض من الزرع :" وقيل : يجوز إذا كان الخارج اكثر ، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة"(4). فهل التعامل والاستحسان عاملان آخران يجعلان الغرر غير مؤثر كالحاجة ؟
الواقع أن التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة ، فالحاجة هي الأصل ، والتعامل والاستحسان يرجعان إليها ، وبيان ذلك فيما يأتي:
أ- التعامل مظهر للحاجة :
من الواضح أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود الا اذا كانت هناك حاجة تدعوهم الي التعامل به ، فالتعامل دليل على وجود الحاجة فيما تعاملوا به ومظهر لها ، وعدمه دليل على عدمها، والتعامل قد يكون عاما، وذلك اذا كانت الحاجة عامة، وقد يكون خاصا اذا كانت الحاجة خاصة ، وهذان هما نوعا العرف المعتبر ، وهما يلتقيان مع نوعي الحاجة المعتبرة ، فالتعامل متصل بالحاجة اتصالا وثيقا ، تنشأ الحاجة أولا ، ثم يتبعها التعامل ، ولا يتصور تعامل من غير حاجة كما ان الحاجة العامة أو الخاصة لا تعرف إلا عن طريق التعامل العام أو الخاص .
وفي عبارات بعض فقهاء الحنفية ما يؤيد ما قلته ، من ذلك قول الكاساني في تعليل جواز خيار التعيين :"... ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم

1- مجمع الضمانات ص 314
2- حاشية ابن عابدين 5: 53، وانظر أيضا ص 39 منه .
3- الأصل ص 135-136

إلي ذلك (1)" ومن ذلك أيضا قول الكمال في عدم جواز إجارة الأشجار المجردة:" أصل الإجارة مقتضي القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا تجوز "(2).

وهذا يعني أن الحاجة وحدها لا تكفي ، ولا بد أن يصحبها التعامل ، ولهذا جازت إجارة الأرض للزراعة ؛ لأن الناس في حاجة إلي ذلك وقد تعاملوا به، وهكذا كل ما تعارف الناس إجارته ، أما أنواع الإجارة التي لم يتعامل بها الناس فلا تجوز ، فلو اشتري شخص ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها ، واستأجر الشجرة إلي أن يدرك الثمر فالإجارة باطلة ،لعدم تعارف الناس اجارة الأشجار المجردة ، ومثل ذلك اجارة الشجر لتجفف عليه الثياب ، واجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها ، واجارة الكتب للقراءة ، ففي كل الحالات لا تجوز الإجارة ؛ لعدم تعامل الناس بها، وإن كان المستأجر قد يكون في حاجة إلى نوع من هذه الإجارات ؛ لأن هذه الحاجة فردية ، والحاجة لا تكون معتبرة الا اذا كانت عامة او خاصة، وأمارة ذلك ان يصحبها تعامل عام أو خاص (2).

ب- الاستحسان يستند إلى الحاجة أو التعامل :

الاستحسان لا بد له من مستند يستمد منه حجيته هو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان ، وقد تتبعت المواطن التي ذكر فيها الحنفية الاستحسان في موضوعنا فوجدتهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل ، وقد عرفنا أن التعامل يرجع إلى الحاجة ، فيكون الاستحسان راجعا إلى الحاجة .

وهذه نصوص توضح ما قلته :

يقول الكاساني :" إذا قال : بعتك احد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه ، أو قال : بعتك احد هذين الثوبين أو احد هذه الأثواب الثلاثة بكذا ، وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد ، لأن المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال : على انك بالخيار تأخذ ايها شئت بثمن كذا ، وترد الباقي، فالقياس ان يفسد البيع ، وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس ان المبيع مجهول ؛ لأنه باع احدهما غير معين ، وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولا ، فيمنع صحة البيع ، كما لو باع احد الأثواب

1- فتح القدير 5: 103

2- المصدر السابق ، البدائع 5: 166و 173 ،

الأربعة وذكر الخيار . ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة الي دفع الغبن "(1) . فهذا عقد فيه غرر جاز استحسانا ، والاستحسان هنا يستند إلى الحاجة .
ويقول السرخسي في بيع الثمار :" ... فأما إذا تناهي عظم الثمار ، وصار بحيث لا يزداد ذلك ، ولكن لم ينضج ، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز ، وان اشتراه بشرط الترك ففي القياس فاسد ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا ؛ لأنه شرط متعارف ، ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل الكثير .."(2).
فهذا استحسان مبني على التعارف وعلى قلة الغرر .
ويقول الكاساني عن الاستصناع :" القياس يأبي جواز الاستصناع ؛ لأنه بيع المعدوم ... وفي الاستحسان جاز ؛ لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعا منهم على الجواز (3).
وهذا استحسان يستند إلى التعمل الجماعي .

7- الخلاصة :
يستخلص مما تقدم أن الغرر لا يؤثر في المعاملة ويفسدها إلا إذا تحققت فيه أربعة شروط :
1- أن يكون في عقد من عقود المعاوضات المالية
2- أن يكون كثيرا
3- أن يكون في المعقود عليه أصالة
4- إلا تدعو إلي العقد حاجة
على النحو الذي بينته.
الشرط الأول مأخوذ من مذهب المالكية والشروط الثلاثة الأخرى متفق عليها .
تطبيق نظرية الغرر على بعض عقود الغرر الحادثة .
نصت معظم قوانين البلاد العربية الوضعية على أربعة عقود تحت عنوان " عقود الغرر " هي المقامرة ، والرهان ، والمرتب مدي الحياة ، والتأمين : منع القانون المقامرة والرهان مع بعض الاستثناءات وجوز المرتب مدي الحياة والتأمين، وسأطبق نظرية الغرر على عقد التأمين لنري هل يجيزه الفقه الإسلامي أم يمنعه ؟

1- البدائع 5: 157 ، وانظر أيضا فتح القدير 5: 130 2- المبسوط 12: 195 -196
3- البدائع 5: 209 ، وانظر أيضا 5: 2

عرف القانون المصري عقد التأمين بأنه" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلي المؤمن له أو إلي المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً ، أو أي عوض مالي آخر ، في حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير قسط ، أو أية دفعة أخري يؤديها المؤمن له للمؤمن "(1).

واضح من هذا التعريف :
1- أن التأمين عقد من عقود المعاوضات المالية بين عاقدين ، أحدهما يسمي المؤمن، وهو شركة التأمين، والآخر المؤمن له ، ويسمي المستأمن ، وهو الشخص الذي يتعامل مع الشركة . فالمؤمن له يدفع مبلغاً من المال للمؤمن الذي يلتزم بدفع عوض مالي للمؤمن له في حالة تحقق الخطر ، فكل من طرفي عقد التأمين يحصل على مقابل لما يؤديه، فالمبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له ليس تبرعاً منه ؛ لأن المؤمن له ملزم بدفع قسط التأمين، وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئا في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات ؛ لأن التأمين من العقود الاحتمالية كما سنري ، ومن طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد المتعاقدين على العوض أحياناً .
2- أن عقد التأمين من عقود الغرر ، لأنه عقد مستور العاقبة ، فإن كلاً من العاقدين لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ ، فالمؤمن له لا يستطيع ذلك ، لأنه قد يدفع قسطاً واحداً من الأقساط ثم يقع الحادث فيستحق ما التزم المؤمن به ، وقد لا يقع الحادث مطلقاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً مادياً، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده ، وإن كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسبة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد الإحصاء.
ومرد الغرر في التأمين إلي أن دفع أحد العوضين معلق على أمر مجهول حدوثه ، أو مجهول وقت حدوثه .
3- أن الغرر فيه كثير، فإن القوانين سمته عقد غرر
4- أن الغرر في المعقود عليه أصالة وليس في التابع .

ويبقي بعد ذلك السؤال هل هناك حاجة إلي عقد التأمين تجعل الغرر الذي فيه مغتفراً ؟

1- المادة (747)

نعم هناك حاجة إلي عقد التأمين، ولكن هذه الحاجة غير متعينة بالنسبة ، للتأمين التجاري الذي أجازة القانون، لأنه يوجد بديل له تستطيع البلاد الإسلامية أن تطبقه، يؤدي مهمة التأمين التجاري نفسها هو التأميـــن التعاوني القائم على التبرع .
وقد طبق السودان هذا البديل منذ أكثر من ربع قرن عندما أسس بنــك فيصل الإسلامي السوداني، وطلب القائمون على البنك من هيئة الرقابة الشرعية للبنك – التي أتشرف برئاستها – السماح لهم بالتأمين على البنك في شركات التأمين الموجودة في السودان آنذاك، وكانت كلها شركات تأمين تجارية ، فلم تستجب الهيئة لطلب البنك بحجة أن في أمكان البنك أن يؤسس شركة تأمين تعاونية تقوم على أساس التبرع لا المعاوضة ، عملا بمذهب مالك في أن الغرر لا يؤثر في عقود التبرعات ، وقد أسس البنك فعلاً أول شركة تأمين إسلامية في العام 1977م، تعمل بجانب شركات التأمين التجارية ، وبعدما طبقت الشريعة الإسلامية في السودان صدر قرار من الدولة سنة 1992م بتحويل جميع شركات التأمين التجارية العاملة في السودان إلي شركات تعمل بنظام التأمين التعاوني القائم على التبرع والملتزم بأحكام الشريعة الإسلامية .

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
وصلي الله علي سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

9 جمادي الآخر1425هـ
2004/7/26م

الصديق محمد الأمين الضرير
أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية القانون – جامعة الخرطوم